Universiteit Leiden
The Netherlands

Het rechterlijk bevel en verbod als remedie

Helm, J.J. van der

Citation
Helm, J. J. van der. (2023, May 16). *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie*. *Burgerlijk Proces & Praktijk*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3618335

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3618335

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

8. Afwijzingsgronden

8.1 Inleiding

437. Artikel 3:296 BW noemt als afwijzingsgronden de wet, de aard der verplichting en een rechtshandeling. Het feit dat de wet bepaalde afwijzingsgronden noemt is relevant voor de centrale vraag van dit boek naar de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod als remedie. Als te snel wordt aangenomen dat, hoewel er een bepaalde rechtsplicht bestaat, een vordering die strekt tot een bepaald bevel of verbod kan worden afgewezen, kan dat afbreuk doen aan de effectiviteit van de remedie. Ik bespreek de afwijzingsgronden daarom achtereenvolgens. Ik bespreek ook enkele andere verweren die niet uit artikel 3:296 BW, maar wel elders uit de wet, voortvloeien.

8.2 De wet

8.2.1 Algemene wettelijke uitzonderingen

438. Artikel 3:296 BW noemt als eerste afwijzingsgrond de wet. In de parlementaire toelichting is de wet als belemmering voor toewijzing van een bevel of verbod niet nader toegelicht. Kennelijk was de verwachting dat die geen vragen zou oproepen. Van Nispen is daarover ook kort en volstaat met de opmerking dat geen wetsbepaling zich verzet tegen de vordering tot nakoming van een bepaalde vermogensrechtelijke rechtsplicht.[661] Het meest duidelijke voorbeeld van een geval waarin de wet in de weg staat aan een bevel tot nakoming, is de natuurlijke verbintenis (artikel 6:3 lid 1 BW). Die is niet afdwingbaar en kan dus ook niet onderwerp zijn van een bevel of verbod. Bij de natuurlijke verbintenis is het echter ook 'de aard van de verplichting', eveneens een in artikel 3:296 BW genoemde uitzondering, die aan een rechterlijk bevel of verbod (meestal zal het bij een natuurlijke verbintenis om een bevel gaan) in de weg staat.

439. Getwijfeld kan worden over het volgende: uit artikel 7:2 BW volgt dat een koopovereenkomst met betrekking tot een woning schriftelijk wordt aangegaan indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Kan de rechter nu, indien de koper of de verkoper nadat mondelinge overeenstemming is bereikt, weigert de schriftelijke koopovereenkomst te ondertekenen, hem bevelen tot ondertekening over te gaan? Uit de wet volgt dat hij niet tot zodanige medewerking verplicht is, zodat een dergelijk bevel, evenals overigens de toewijzing van een vordering tot schadevergoeding, niet mogelijk is.[662] Weliswaar kan onder zeer bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat een beroep op het ontbreken van een schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar ook dan is een bevel tot schriftelijke vastlegging niet mogelijk. In deze situatie is het echter niet zozeer de wet die aan het uitspreken van een bevel tot ondertekening van de koopovereenkomst in de weg staat, als wel het gegeven dat uit artikel 7:2 BW geen rechtsplicht voortvloeit om tot een dergelijke ondertekening over te gaan.

440. Verder kan in dit verband worden gewezen op artikel 4:168 lid 1 BW dat een veroordeling tot nakoming van een uit de rechtshandeling voortvloeiende verbintenis tot vervreemding of bezwaring van een onder bewind staand goed onmogelijk maakt.

8.2.2 Zwaarwegende maatschappelijke belangen

441. Een bijzondere uit de wet voortvloeiende uitzondering wordt in het kader van een vordering uit onrechtmatige daad gegeven door artikel 6:168 BW: de rechter kan een vordering strekkende tot een verbod van een onrechtmatige daad afwijzen op de grond dat deze gedraging door zwaarwegende maatschappelijke belangen dient te worden geduld. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid

[661] Van Nispen 2003/12 en Van Nispen 2018/15.
[662] HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, *NJ* 2013/273, m.nt. J. Hijma.

die een belangenafweging door de rechter vergt.[663] Artikel 6:168 BW valt onder de categorie uitzonderingen op grond van de wet.[664] Het is echter wel van belang vast te stellen dat het hier niet zozeer de wet is die aan een vordering tot nakoming in de weg staat, maar de zwaarwegende maatschappelijke belangen als zodanig. De wet biedt in artikel 6:168 BW slechts de grondslag om een gevorderd verbod of bevel af te wijzen.

442. De term 'zwaarwegende maatschappelijke belangen' is de vervanging van de in eerste instantie voorgestelde terminologie 'het algemeen belang'. Daarmee is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de bepaling toepassing kan vinden bij een 'reeks van belangen die op de een of andere wijze uit maatschappelijk oogpunt bescherming verdienen.'[665]

443. Uit de tekst van artikel 6:168 BW volgt dat de rechter eerst moet beoordelen of het belang waarop een gedaagde zich beroept een 'zwaarwegend maatschappelijk belang' is. Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, moet worden afgewogen of dat belang rechtvaardigt dat een gevorderd verbod wordt afgewezen. Het gaat dus om een dubbele beoordeling waarbij het door de gedaagde ingeroepen zwaarwegende maatschappelijk belang moet worden afgewogen tegen het belang waarvan eiser bescherming inroept.[666]

444. Bij zwaarwegende maatschappelijke belangen moet worden gedacht aan uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard.[667] Een zwaarwegend maatschappelijk belang hoeft niet altijd een belang te zijn waarvan de behartiging aan de overheid is opgedragen, hoewel de oudere jurisprudentie wel (toenmalige) overheidstaken tot onderwerp had.[668] De jurisprudentie maakt dit duidelijk. De Hoge Raad aanvaardde de in artikel 6:168 BW neergelegde regel reeds in een arrest van 3 april 1987 waarin als zwaarwegend maatschappelijk belang werd aangenomen dat 'normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd.'[669] Jansen noemt als voorbeeld industriële activiteiten waaraan grote behoefte bestaat en die werkgelegenheid meebrengen, maar ook heiwerkzaamheden voor de bouw van een woning.[670] Dat het niet belemmerd worden van dergelijke activiteiten een zwaarwegend maatschappelijk belang is, spreekt minder tot de verbeelding dan de situaties waarin een algemeen belang, dus een belang dat iedereen aangaat, wordt gediend, bijvoorbeeld belangen van volksgezondheid of diergezondheid,[671] het instandhouden van een natuurgebied,[672] of werkgelegenheids- en milieubelangen.[673] Zuivere privé-belangen worden niet beschermd, maar denkbaar is dat een dergelijk privé-belang ook een belang is van een grote groep personen. Het privé-belang kan dan uitgroeien tot een maatschappelijk belang. De werking van artikel 6:168 BW is overigens nadrukkelijk niet beperkt tot onrechtmatige hinder.[674]

445. Artikel 6:168 BW tast niet de eenmaal vastgestelde onrechtmatigheid van de gedraging aan, maar bepaalt 'slechts' dat een verbod niet kan worden uitgesproken. Het recht op schadevergoeding

---

[663] Asser/Sieburgh 6-IV 2019/161 wijst er op dat er ook in de vraag of een bepaalde gedraging onrechtmatig is, een afweging van de bij het geval betrokken persoonlijke en maatschappelijke belangen plaatsvindt. Zie over de te maken belangenafweging ook Jansen 2009/66.
[664] Lindenbergh, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2017*, art. 6:168 BW, aant. 6. Van Nispen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:168 BW, aant. 1.
[665] PG Boek 5, p. 55.
[666] Asser/Sieburgh 6-IV 2019/162.
[667] PG Boek 6, p. 671.
[668] HR 18 februari 1944, *NJ* 1944/226 *(Haagse duinwaterleiding)* en HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing *(Voorste Stroom VII)*.
[669] HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5569, *NJ* 1987/703 m.nt. W.C.L. van der Grinten.
[670] Jansen 2009/65.
[671] Vgl. HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:AC4031, *NJ* 1992/638 *(Staat/Leffers*, m.nt. C.J.H. Brunner onder *NJ* 1992/639.
[672] Vgl. HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, *NJ* 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner *(Aalscholvers)*.
[673] PG Boek 5, p. 55.
[674] PG Boek 6, p. 671.

blijft behouden. Uit het derde lid volgt dat alsnog een verbod kan worden opgelegd indien aan een veroordeling tot schadevergoeding of het stellen van zekerheid niet wordt voldaan. Een verbod kan ook voorwaardelijk worden opgelegd.[675] Ik zie geen reden om aan te nemen dat het niet ook direct voorwaardelijk kan worden verbonden aan een veroordeling tot schadevergoeding of zekerheidstelling.

446. De uitzondering van artikel 6:168 BW strekt niet zover dat een inbreuk op het grondrecht van persoonlijke vrijheid moet worden geduld. De Hoge Raad verwierp in zijn arrest van 8 juli 1992 nadrukkelijk het betoog van de Staat dat, voor het geval het gedwongen verblijf van asielzoekers in de transitruimte op Schiphol onrechtmatig zou zijn, dit verblijf op grond van de zwaarwegende maatschappelijke belangen die daarmee gemoeid waren, zou moeten worden geduld.[676]

447. Tot slot zij opgemerkt dat artikel 6:168 BW betrekking heeft op onrechtmatige gedragingen en dus niet op verbintenissen uit overeenkomst. Indien er zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn die aan de nakoming van verbintenissen uit overeenkomst in de weg kunnen staan, dient te worden getoetst aan de regeling van de onvoorziene omstandigheden van artikel 6:258 BW.[677]

448. Deze uitzondering laat zien dat in afwijking van de hoofdregel van artikel 3:296 BW een afweging van belangen dient plaats te vinden en dat die afweging van belangen ertoe kan leiden dat een bevel om onrechtmatige gedragingen te staken, wordt afgewezen. Het artikel doet daarmee zeker afbreuk aan de effectiviteit van de remedie. Als uitgangspunt heeft immers te gelden dat iemand niet hoeft te dulden dat een ander jegens hem onrechtmatig handelt of gaat handelen. Een beroep op deze uitzonderingsgrond zal dan ook niet te snel moeten worden aanvaard. Hoewel de bepaling afbreuk doet aan de effectiviteit van het bevel en verbod, kan er tegelijkertijd ook een bevestiging in worden gezien van de voorrang van het verbod om onrechtmatig te handelen (als primaire remedie) boven schadevergoeding bij onrechtmatig handelen. In het eerste lid is immers de afwijzing van een verbod als uitzondering op de hoofdregel geformuleerd en is bepaald dat het recht op schadevergoeding blijft bestaan, wanneer de vordering tot een verbod wordt afgewezen. Dat impliceert de voorrang van het verbod.[678]

8.3 De aard der verplichting

449. De uitzondering ‘de aard der verplichting’ is wel door de wetgever toegelicht: *‘men denke b.v. aan het geval dat een auteur jegens zijn uitgever de verplichting op zich heeft genomen een bepaald werk te schrijven.’* [679] Het gaat dan om een verbintenis tot (hoogst)persoonlijke dienstverlening die zich bij niet-nakoming oplost in schadevergoeding.[680] Van Nispen werpt terecht de vraag op of in zo’n geval de vordering tot nakoming altijd moet worden uitgesloten.[681] Hij geeft als voorbeeld de auteur die het boek wel ‘uit zijn pen’ krijgt, maar liever met een beter betalende uitgever in zee gaat. In zo’n situatie hoeft er inderdaad geen reden te zijn de vordering tot nakoming af te wijzen op grond van het persoonlijke karakter van de aangenomen verbintenis. Het is dan immers niet dat persoonlijke karakter van de verbintenis dat de nakoming verhindert, maar de keuze van de schuldenaar.

450. Deze uitzondering ligt overigens dicht aan tegen de ‘onmogelijkheid’. Een auteur die een toegezegd werk niet kan maken omdat hij geen inspiratie heeft, of een schilder die een kunstwerk niet uit zijn penseel krijgt verkeert in een situatie van feitelijke onmogelijkheid. Een dwangmiddel is dan niet voorhanden. Op de problematiek van de onmogelijkheid ga ik in hoofdstuk 11 in.

---

675 PG Boek 5, p. 36 (‘uiteraard kan de rechter ook een voorwaardelijk verbod geven’).
676 HR 8 juli 1993, ECLI:NL:HR:1992:AC0476, *NJ* 1993/488, m.nt. A.H.J. Swart.
677 Van Nispen 2018/17.
678 Aldus Dubbink 1998, p. 12-13.
679 PG Boek 3, p. 896.
680 Haas 2009, p. 71.
681 Van Nispen 2018/15.

451. Een in dit verband bijzonder geval was de vordering van een kunstverzamelaar tegen een beroemde kunstenaar. De verzamelaar stelde dat de kunstenaar een werk zou maken voor een tentoonstelling in het Gemeentemuseum en dat de verzamelaar daarvan eigenaar zou worden. De rechtbank Rotterdam achtte na bewijslevering bewezen dat de kunstenaar zich ertoe verbonden had een werk te maken dat eigendom van de verzamelaar zou worden. Een veroordeling om een nieuw kunstwerk te maken zou hebben kunnen afstuiten op de aard van de verplichting. Het gaat hier immers om een inspanning van artistieke aard, die maar moeilijk kan worden afgedwongen. De rechtbank oordeelde echter dat het tussen partijen gebruikelijke overleg over de invulling van dit soort opdrachten zou moeten plaatsvinden. De kunstenaar diende daarbij rekening te houden met de voorkeur van de opdrachtgever om een werk te maken dat 'op het eerste gezicht als indrukwekkend wordt ervaren.' Van de kunstenaar mocht echter niet verwacht worden zich te beperken tot de reproductie of herhaling van eerder werk, het stond hem vrij een nieuw werk te maken dat aansluit bij de ontwikkeling die hij als kunstenaar heeft doorgemaakt.

452. De rechtbank heeft de kunstenaar vervolgens daadwerkelijk veroordeeld één of meer werken te maken en af te leveren, op straffe van een dwangsom.[682] De vraag is of dit in het licht van artikel 3:296 BW werkelijk problematisch is. Die vraag wordt in het vonnis overigens niet beantwoord. Die vraag kan echter in dit geval wel ontkennend worden beantwoord omdat de rechtbank de kunstenaar de vrijheid heeft gelaten om een werk te maken naar eigen artistieke inzichten. De rechtbank overwoog dat 'weinig concreet kon worden omschreven wat de kunstenaar zou moeten presteren.' Wanneer een kunstenaar die vrijheid wordt gelaten is inderdaad niet goed in te zien waarom de verbintenis om een kunstwerk te maken niet op deze manier afgedwongen zou kunnen worden. Het verloop van de zaak laat echter ook zien dat het afdwingen daarvan moeizaam blijft. Een korte zoektocht op internet leert dat de kunstenaar na het vonnis heeft aangeboden een muurschildering te maken met de tekst 'Shove it up your ass, you faggot.'[683] Het is niet na te gaan of dit de uitvoering is van de verbintenis die partijen voor ogen heeft gestaan. Dat zo zijnde, moet de conclusie eigenlijk toch luiden dat een verbintenis die de schuldenaar een zo grote vrijheid laat om die uit te voeren op een wijze die hem (artistiek) goed dunkt, feitelijk niet afdwingbaar is.

453. Wanneer het gaat om rechtsplichten die naar hun aard niet kunnen worden afgedwongen, kan verder nog worden gedacht aan bepaalde verplichtingen uit het personen- en familierecht waarvan moet worden aangenomen dat de aard van de verplichting zich ertegen verzet dat een bevel tot nakoming wordt gegeven.[684]

454. Een bijzondere situatie doet zich voor indien voor het te bevelen handelen een publiekrechtelijke vergunning nodig is. Ook dan zal zich een weigeringsgrond kunnen voordoen die verband houdt met de aard van de verplichting. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien een gebouw of delen daarvan moeten worden afgebroken of juist gebouwd, maar kan zich ook voordoen indien een boom moet worden gerooid. Voor dergelijke activiteiten zal een vergunning nodig zijn en de burgerlijke rechter heeft het niet in zijn macht daarvoor te zorgen. Een onvoorwaardelijk bevel om een dergelijke activiteit te verrichten kan dan niet steeds worden gegeven, maar een veroordeling om alles in het werk te stellen een vergunning te verkrijgen en daarna de werkzaamheden uit te voeren is natuurlijk wel denkbaar.[685]

---

[682] Rb. Rotterdam 24 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4417. Het tussenvonnis dateert van 23 juli 2014 en is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBROT:2014:6962.
[683] Nieuwsbericht Algemeen Dagblad 17 juli 2015, te vinden via Google.nl.
[684] Zie over deze verplichtingen Jongbloed 2015/129 e.v. waarin hij ingaat op de (ontkennend te beantwoorden) vraag of een dwangsom kan worden opgelegd.
[685] Het alternatief is om wel een onvoorwaardelijk bevel te geven en het te laten aankomen op een executiegeschil indien de publiekrechtelijke vergunning niet verkregen wordt. Wat verstandig is, is afhankelijk van de specifieke situatie.

455. Een schuldeiser die zich gesteld ziet voor de situatie dat hij iets verlangt waarvoor een vergunning nodig is, dient zijn vordering daarop in te richten. Zolang de vergunning niet is verleend zal er al snel sprake zijn van een (juridische) onmogelijkheid. Tot dat moment zal van de aangesproken partij, als wordt geoordeeld dat hij verplicht is tot het verrichten van een bepaalde handeling, kunnen worden verwacht zich ervoor in te spannen die vergunning te verkrijgen. De vordering en het bevel zullen ook daarop gericht moeten zijn. Indien een vergunning is geweigerd en die weigering formele rechtskracht heeft gekregen, is sprake van een definitieve onmogelijkheid die dan voortvloeit uit de aard van de verplichting. Dan rest alleen schadevergoeding.

456. Op het grensvlak van het publiek- en privaatrecht speelde zich ook de casus af waarover de Hoge Raad had te beslissen in een arrest van 18 februari 2022.[686] In die zaak was tussen de provincie Noord Brabant enerzijds en een varkenshouder anderzijds een koopovereenkomst gesloten waarbij de varkenshouder zijn bedrijfsperceel aan de Provincie verkocht. De koopsom was feitelijk een subsidie voor de verplaatsing van het bedrijf, maar die subsidie werd gegoten in de vorm van een koopsom. Omdat de voorgenomen verplaatsing van het bedrijf is uitgesteld, is de subsidie, die bij beschikking werd vastgesteld, lager uitgevallen. Er ontstond daardoor een discrepantie tussen het subsidiebedrag enerzijds en de in de koopovereenkomst neergelegde koopprijs anderzijds. Over de hoogte van de subsidie is een bestuursrechtelijke procedure gevoerd waarin onherroepelijk de lagere subsidie is komen vast te staan.

457. In de civiele procedure vorderde de varkenshouder nakoming van de koopovereenkomst en dus betaling van een hoger bedrag dan de subsidie. Het hof wees die vordering toe. Daartoe oordeelde het hof dat het weliswaar gebonden was aan het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak over de hoogte van de subsidie, maar dat het hof te oordelen had over de daarvan los te beantwoorden vraag of de Provincie de koopovereenkomst is nagekomen door een bedrag te betalen dat lager was dan het in de koopovereenkomst opgenomen bedrag. In de koopovereenkomst was geen bepaling opgenomen die voorzag in een verlaging van de koopprijs indien de subsidie zou worden verlaagd en het hof oordeelde mede daarom dat de varkenshouder erop mocht vertrouwen dat de Provincie hem de koopprijs zou betalen die in de koopovereenkomst was opgenomen.

458. De Hoge Raad vernietigde dit oordeel van het hof omdat de overeenkomst tussen partijen had te gelden als een uitvoeringsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 4:36 Awb. Een dergelijke uitvoeringsovereenkomst kan een beschikking tot subsidieverlening en subsidievaststelling niet vervangen. Als een subsidie in de vorm van een koopsom wordt verstrekt, kan in een koopovereenkomst daarom niet een ander bedrag worden overeengekomen dan het bedrag dat uit de subsidieregeling voortvloeit. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat, als de overeenkomst toch afwijkt van de (onherroepelijke) beschikking waarbij het bedrag van de subsidie is vastgesteld, daarvan geen nakoming kan worden gevorderd.

459. Het arrest geeft daarmee een voorbeeld van een situatie waarin geen nakoming kan worden gevorderd van een op zichzelf duidelijke overeengekomen verplichting, namelijk betaling van een koopsom. Het is hier de aard van de overeenkomst, namelijk een uitvoeringsovereenkomst, die aan nakoming in de weg staat. De Hoge Raad overweegt, onder verwijzing naar jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, dat een uitvoeringsovereenkomst niet in de plaats kan komen van de subsidiebeschikking. Daaruit volgt dat, als in de overeenkomst uiteindelijk een ander bedrag staat dan het definitief vastgestelde subsidiebedrag, een vordering tot nakoming toch niet kan worden toegewezen. Het arrest past daarmee naadloos in de uitzondering van artikel 3:296 lid 1 BW. De casus maakt daarmee niet alleen duidelijk dat het begrip ‘aard van de overeenkomst’ een ruim begrip is dat op allerlei soorten overeenkomsten van toepassing kan zijn, maar de casus onderstreept ook het belang van de bepaling. Zonder die uitzondering zou er immers niet goed een mouw te passen zijn geweest

[686] HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:275.

aan de discrepantie tussen de subsidiebeschikking enerzijds en de overeenkomst anderzijds.[687] Het passen van zo'n mouw is echter wel noodzakelijk omdat toewijzing van de vordering tot nakoming van de volledige koopsom afbreuk zou hebben gedaan aan de waarde van de bestuursrechtelijke rechtsgang. De varkenshouder had zich de moeite van het procederen tegen de subsidiebeschikking in dat geval sowieso kunnen besparen omdat hij een beroep zou kunnen doen op de koopovereenkomst. Die uitkomst zou te zeer afbreuk doen aan de voorrang van de bestuursrechtelijke procedure tegen subsidiebeschikkingen.[688]

8.4 Rechtshandeling, afdwingbaarheid uitgesloten

460. Tot slot de rechtshandeling: het staat partijen in beginsel vrij de vordering tot nakoming uit te sluiten. Dat kan zowel impliciet als expliciet gebeuren.[689] Partijen die een 'gentlemen's agreement' sluiten, zullen zich ervan bewust zijn dat nakoming niet kan worden afgedwongen.[690] Partijen kunnen er bij een op zichzelf afdwingbare overeenkomst voor kiezen de nakomingsvordering nadrukkelijk uit te sluiten. In het oorspronkelijk ontwerp was opgenomen dat uit een 'beding van partijen' kon voortvloeien dat nakoming niet kon worden afgedwongen. Dat is veranderd in het woord 'rechtshandeling'. In de toelichting is in dit verband benadrukt dat ook bij een eenzijdige rechtshandeling een vordering tot nakoming kan worden uitgesloten.[691] Daarbij is als voorbeeld genoemd de uiterste wilsbeschikking waarbij aan een erfgenaam of legataris een verplichting wordt opgelegd om iets aan een ander te geven of te diens behoeve iets te doen of na te laten, maar waarbij aan die ander een rechtsvordering tot nakoming wordt onthouden.

461. Op het eerste gezicht lijkt het niet erg aannemelijk dat partijen overeenkomen de vordering tot nakoming uit te sluiten. Wat is immers het nut van een overeenkomst indien de nakoming daarvan niet kan worden afgedwongen? Bedacht moet evenwel worden dat zich situaties kunnen voordoen waarbij de omstandigheden die onderwerp zijn van een te sluiten overeenkomst met onzekerheid zijn omgeven. Als partijen voorzien dat zich de situatie kan voordoen dat nakoming onevenredig veel meer zal kosten dan de schade die niet-nakoming veroorzaakt, kan het legitiem zijn de vordering tot nakoming uit te sluiten. De crediteur staat in dat geval niet met lege handen: de vordering tot schadevergoeding bestaat immers onverminderd. Tegelijkertijd kunnen zich omstandigheden voordoen die meebrengen dat een beroep op de uitsluiting van de nakomingsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

462. Voor het uitsluiten van de vordering tot nakoming zou ook aanleiding kunnen bestaan als partijen willen onderstrepen dat zij een inspanningsverplichting zijn overeengekomen. Hoewel ook van een inspanningsverplichting nakoming kan worden verlangd, kan elke onzekerheid over de aard van de overeenkomst worden weggenomen door de vordering tot nakoming met betrekking tot een bepaald resultaat uit te sluiten.

463. De vrijheid om nakomingsacties uit te sluiten is overigens een op de zwarte lijst van artikel 6:236 BW voorkomend beding. Indien in een tussen een gebruiker in de zin van dat artikel enerzijds en een natuurlijk persoon, niet handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf, anderzijds gesloten overeenkomst in de algemene voorwaarden een bepaling voorkomt die de natuurlijk persoon geheel en onvoorwaardelijk het recht ontneemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen, wordt dat

[687] Een mogelijkheid zou wellicht zijn geweest de koopovereenkomst aldus uit te leggen dat de koopsom moet worden begrepen tegen de achtergrond van het subsidiebedrag, maar uit het arrest van het hof moet worden afgeleid dat daarvoor wel een vergaande lenigheid van geest nodig zou zijn geweest.
[688] Zie hierover par. 3.2 van de conclusie van A-G Valk voor het arrest.
[689] Zie Van Nispen 2018/15.
[690] Strikt genomen hoeft in een gentlemen's agreement de nakoming niet met zoveel woorden uitgesloten te zijn. Een dergelijke overeenkomst kan ook naar zijn aard niet afdwingbaar zijn. In beide gevallen zal de overeenkomst moeten worden uitgelegd om te beoordelen wat partijen hebben beoogd.
[691] PG Boek 3, p. 896.

beding als onredelijk bezwarend aangemerkt en staat het bloot aan vernietiging op grond van artikel 6:233 sub a BW. De Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten bepaalde in de bijlage (volgens artikel 3, lid 3 van de Richtlijn een 'indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt') ook al dat oneerlijk kan zijn een beding dat ertoe strekt de wettelijke rechten van de consument in geval van gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de verkoper van een van diens contractuele verplichtingen, op ongepaste wijze uit te sluiten of te beperken.[692] Het is aan de rechter om zo nodig ambtshalve te beoordelen of sprake is van een oneerlijk beding.[693] Ten aanzien van de consumentenkoop beperkt ook artikel 7:6 BW de mogelijkheid om het recht op nakoming uit te sluiten.

8.5 Andere afwijzingsgronden en verweren

8.5.1 Redelijkheid en billijkheid

464. Een schuldeiser en een schuldenaar zijn volgens artikel 6:1 lid 1 BW verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Artikel 6:2 lid 2 BW bepaalt verder dat een tussen partijen krachtens de wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Die regel geldt ook voor het bepaalde in artikel 3:296 BW en is specifiek voor overeenkomsten neergelegd in artikel 6:248 lid 2 BW. Een nakomingsvordering die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal hierop dienen af te stuiten. Deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voor overeenkomsten is een relevant verweermiddel tegen een nakomingsvordering. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid strekt zich namelijk ook uit over remedies.[694]

465. De vraag wanneer de toepassing van een regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is niet in algemene zin te beantwoorden.[695] De begrippen redelijkheid en billijkheid bevatten open normen. Bij de toepassing van die open normen heeft de rechter de nodige vrijheid.[696] De begrippen hangen echter niet helemaal in het luchtledige. Artikel 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Ook dat zijn overigens open en zelfs vage gezichtspunten die bovendien niet limitatief zijn opgesomd.[697]

466. De wet spreekt uit dat een regel slechts buiten toepassing kan blijven indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Dat betekent dat niet een meer open belangenafweging dient plaats te vinden, maar dat er sprake moet zijn van onaanvaardbare gevolgen van de toepassing van een regel. De rechter dient bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid daarom een zekere terughoudendheid in acht te nemen.[698] De Hoge Raad

---

[692] Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 (L 95/29). De Richtlijn is niet rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. De wettelijke regeling van de algemene voorwaarden moet echter richtlijnconform worden uitgelegd. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets).*

[693] Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets).* Het Hof van Justitie heeft in een reeks van arresten geoordeeld dat de rechter bij consumentenovereenkomsten ambtshalve moet beoordelen of sprake is van een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn. Zie HvJ 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 *(Océano)*; HvJ 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675, *NJ* 2007/201 *(Mostaza Claro),* HvJ 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon).*

[694] Zie bijvoorbeeld HR 29 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4579, *NJ* 1983/627, m.nt. P.A. Stein *(Spruijt/Sperry Rand).*

[695] Valk 2019/276.

[696] Schelhaas 2017/1.5.

[697] Schelhaas 2017/1.5.

[698] PG Boek 6, p. 68; Valk 2019/277.

heeft in een reeks van arresten bevestigd dat voor het buiten toepassing laten van een (krachtens overeenkomst) geldende regel niet voldoende is dat die regel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Waar het om gaat is dat toepassing van die regel in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetgeen tot terughoudendheid nopende maatstaf is.[699]

467. Een voorbeeld is te vinden in het *Multivastgoed*-arrest van 5 januari 2001, waaruit volgt dat de crediteur bij de aanwending van zijn bevoegdheden rekening moet houden met de belangen van zijn debiteur. [700] Er kunnen zich omstandigheden voordoen die meebrengen dat nakoming kosten meebrengt die in geen redelijke verhouding staan tot de schade die ontstaat indien nakoming uitblijft. In de zaak die onderwerp was van dat arrest vorderde Nethou een bevel aan Multi Vastgoed om op haar kosten 'de gehele gevelbeplating van het project Rotterdam Plaza te vervangen door deugdelijke beplating conform het bestek, onder gehoudenheid tot verlening van een nieuwe garantie conform de in het petitum van de dagvaarding vermelde bestekgarantie'. Subsidiair werd schadevergoeding gevraagd. Multi Vastgoed verweerde zich onder meer met de stelling dat het gevorderde herstel disproportioneel was. Op zichzelf is dat geen uitzonderingsgrond op grond van artikel 3:296 BW. De primaire vordering werd door rechtbank en hof dan ook toegewezen. Het hof stelde daartoe vast dat de gebreken aan de gevelbeplating zonder twijfel en in het licht van de afgegeven garantie een tekortkoming opleveren. De kosten van herstel bedroegen weliswaar bijna NLG 6 miljoen, maar tegen de achtergrond van de totale kosten van het project (NLG 157 miljoen) oordeelde het hof dat niet disproportioneel. De Hoge Raad overwoog dat de crediteur, die de keuze heeft tussen nakoming en schadevergoeding in enigerlei vorm, niet geheel vrij is in deze keuze, maar daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Dat brengt mee dat een afweging dient plaats te vinden van enerzijds het belang op nakoming en anderzijds de aangeboden vorm van schadevergoeding. De afweging die het hof had gemaakt kon door de cassatie-technische beugel.

468. In een arrest van 26 september 2003 plaatste de Hoge Raad de afwijzing van de vordering nadrukkelijk in de sleutel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. [701] In die zaak had een zoon, die na het overlijden van zijn vader was belast met het beheer van de effectenportefeuille waarvan zijn moeder het vruchtgebruik had, van zijn moeder een optie bedongen op de te maken koerswinst. Het inroepen van die optie zou hem een substantieel voordeel opleveren en meebrengen dat hij ook in sterke mate bevoordeeld zou worden boven de andere twee kinderen. Het hof oordeelde dat de vordering van de zoon (die, met een verklaring voor recht, neer kwam op nakoming van de overeenkomst) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Daaraan legde het hof mede ten grondslag dat de moeder haar kinderen in gelijke mate had willen bevoordelen en dat aan de zoon (slechts) een redelijke vergoeding voor het beheer van de effectenportefeuille zou toekomen. Dat oordeel hield stand bij de Hoge Raad omdat het erop neer kwam dat de uitoefening van het recht door de zoon 'volstrekt onverenigbaar' was met het streven de kinderen in gelijke mate te bevoordelen en de wens om de zoon een redelijke vergoeding voor zijn werkzaamheden te geven. Nakoming stuitte hier dus nadrukkelijk af op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

---

[699] Bijvoorbeeld HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, *NJ* 2005/141; HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, *NJ* 2005/271; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727, *NJ* 2012/234; HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153; HR 8 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1476. Zie ook Snijders 2007. Die terughoudende toetsing is te rechtvaardigen omdat de beperkende werking inbreuk maakt op hetgeen partijen zijn overeen gekomen. Zie Valk 2019/277. Asser/Sieburgh 6-III 2018/413. Een wat uitzonderlijke situatie is te vinden in HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, waarin het ging om de nakoming van een toezegging door de overheid en waarin de Hoge Raad in navolging van de bestuursrechter een wat neutralere afweging van belangen lijkt te accepteren.

[700] HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 *(Multi Vastgoed)*.

[701] HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8575, *NJ* 2004/21.

469. Een andere illustratie van de betekenis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voor een nakomingsvordering is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 17 december 2004.[702] Het ging in die zaak om de nakoming van een boetebeding, dus opnieuw de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. De boete was onder meer gesteld op het verkopen van aandelen indien die aandelen niet eerst te koop werden aangeboden aan een bepaalde partij. Met die bepaling was in strijd gehandeld. Een van verweren was – samengevat – dat de verkoop van de aandelen door de financierende bank was voorgeschreven als voorwaarde voor verdere financiering en dat bij het uitblijven van die financiering het faillissement van de vennootschappen op de loer lag. De Hoge Raad oordeelde dat dit een omstandigheid was die zou kunnen meebrengen dat het vorderen van nakoming van het boetebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

470. Het vorderen van nakoming kan dus om uiteenlopende redenen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.[703] De drie hiervoor besproken arresten laten dat zien. Een (nakomings)bevel kan dus ook om allerlei redenen afstuiten op die beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat doet op zichzelf afbreuk aan de effectiviteit van de remedie. De arresten laten tegelijkertijd echter zien dat het veelal zal aankomen op een bijzondere afweging van belangen en dat niet al te snel zal mogen worden aangenomen dat nakoming niet meer aan de orde is. In *Multivastgoed* staat het belang van nakoming tegenover de beweerdelijk onredelijke kosten die de schuldenaar daarvoor moet maken. In de tweede zaak gaat het om een (eigen) belang op nakoming van de zoon tegenover de (familie)belangen van de moeder die haar kinderen in gelijke mate wilde bevoordelen. En in de laatste zaak gaat het ook om de afweging van een individueel belang tegenover het bredere belang een faillissement te voorkomen. De tweede en de derde zaak spreken meer tot de verbeelding dan de *Multivastgoed*-zaak. In *Multivastgoed* staan immers uitsluitend de twee contracterende partijen tegenover elkaar, waarbij een van hen wordt aangesproken op haar contractuele garantieverplichtingen. Hoewel in die specifieke zaak de nakomingsvordering 'gewoon' werd toegewezen, laat het arrest ruimte voor een andere uitkomst. Die andere uitkomst zou er in dit geval toe hebben geleid dat de crediteur haar aanspraken op zuivere nakoming verliest en feitelijk genoegen zou moeten nemen met een voor haar minder waardevolle oplossing. Van een partij die, zoals in dit geval, een garantie verstrekt ten aanzien van de deugdelijkheid van haar producten, ligt het niet snel voor de hand dat een aanspraak op zo'n garantie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In de tweede en de derde zaak waren in de belangenafweging de belangen van derden betrokken. Dat maakt de belangenafweging breder dan alleen de toets van de verplichtingen die partijen over en weer zijn aangegaan. Dat maakt de uitkomst, die zonder meer ook afbreuk doet aan het primaire karakter van de nakomingsremedie, ook beter aanvaardbaar.

471. In het geval van *Multivastgoed* deed zich bovendien de situatie voor waarin een afweging kon worden gemaakt tussen de schade die zou optreden bij niet-nakoming enerzijds en de (mogelijk disproportionele) kosten van nakoming anderzijds. De vraag rijst of er zich ook situaties kunnen voordoen waarin geen schade wordt geleden indien nakoming uitblijft, maar de nakomingsvordering toch moet afstuiten vanwege de disproportionaliteit ervan. Die situaties zijn niet eenvoudig te bedenken en zullen in veel gevallen ook afstuiten op de aard der verplichting of de nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling als bedoeld in artikel 3:40 BW. Denk aan de situatie waarin ouders hun dochter op de huwelijksmarkt verkopen. Nakoming van een dergelijke verbintenis is zonder twijfel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, maar de rechtshandeling is ook zonder redelijke twijfel nietig wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde. Het afdwingen van een behandelingsovereenkomst die strekt tot het uitvoeren van euthanasie in de situatie waarin de arts gewetensbezwaren heeft gekregen zal ook naar maatstaven van redelijkheid

[702] HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, *NJ* 2005/271.
[703] Zie ook: conclusie A-G Hartkamp voor HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, *NJ* 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner *(de Negende van oma)*. Van Nispen 2003/13, Van Nispen 2018/16 en Asser/Sieburgh 6-II 2017/344.

en billijkheid onaanvaardbaar zijn, maar op even goede gronden kan worden betoogd dat een dergelijke verbintenis naar zijn aard niet afdwingbaar is. Als voorbeeld van een situatie waarin zonder schade toch nakoming moet worden afgewezen kan mogelijk het volgende dienen. Ex-partners komen overeen nimmer meer in dezelfde straat te gaan wonen. Een dergelijke overeenkomst is op zichzelf niet ontoelaatbaar. Maar wat nu als de man na jaren wachten een sociale huurwoning krijgt toegewezen in de straat waar de vrouw al woont? Als er voor hem geen redelijke alternatieven zijn, zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn de nakoming van die afspraak af te dwingen. Ik gebruik nadrukkelijk het woord 'kunnen' omdat de uitkomst van de afweging vanzelfsprekend erg van de omstandigheden van het geval afhankelijk is.

472. Een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid doet zonder meer afbreuk aan de effectiviteit van het rechterlijk bevel. De drempel daarvoor is echter hoog. Bij een terughoudende toepassing zal niet snel op onaanvaardbare wijze afbreuk worden gedaan aan die effectiviteit.

8.5.2 Misbruik van bevoegdheid

473. Een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vormt het leerstuk misbruik van bevoegdheid. [704] Misbruik van bevoegdheid wordt wel gezien als een species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.[705] In situaties die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid zal veelal geen behoefte bestaan aan een afzonderlijke toets aan de vraag of er sprake is van misbruik van bevoegdheid: als er sprake is van een handeling die misbruik van bevoegdheid oplevert, zal die handeling in de regel ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. [706] Het is dan ook vooral buiten de situaties waarin de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gelden, dat het misbruik-leerstuk een nuttige rol kan vervullen. Dat sluit echter niet uit dat de misbruik-criteria worden gebruikt om te beoordelen of een bepaalde handeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[707] In de toelichting op artikel 3:13 BW is de relatie tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid enerzijds en het leerstuk misbruik van bevoegdheid anderzijds aldus omschreven: bij strijd met de goede trouw treedt datgene naar voren waarop een partij die met een ander in een rechtsbetrekking treedt of staat, mag vertrouwen. Bij misbruik van bevoegdheid is het juist de bevoegdheid die iemand is toegekend die op de voorgrond treedt. Het is die bevoegdheid waaraan het ongeschreven recht dan zekere grenzen stelt. Als zich de situatie voordoet dat bevoegdheden worden geschapen in een rechtsverhouding tussen twee personen, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik aanbrengen, samen.[708]

474. Het leerstuk misbruik van bevoegdheid is neergelegd in artikel 3:13 BW. Dat artikel bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Het tweede lid van artikel 3:13 BW geeft een aantal voorbeelden[709] van situaties waarin van misbruik van bevoegdheid sprake is. Dat zijn de gevallen waarin een bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden, met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, en het geval waarin men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid enerzijds en het belang dat daardoor wordt geschaad anderzijds, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.[710] Een belangrijk voorbeeld van een dergelijke situatie is gegeven

[704] Ook wel misbruik van recht, maar het begrip bevoegdheid is breder en wordt in de wet gebruikt. PG Inv. Boek 3, p. 1037.
[705] Hierover uitvoerig: Schrage 2019/9 en 15 en Stein, *GS Vermogensrecht,* art. 3:13, aantt. 3 en 6.
[706] Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/413.
[707] Rodenburg 1985, p. 61.
[708] PG Inv. Boek 3, p. 1040.
[709] Dus niet limitatief, zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/85.
[710] De opsomming is duidelijk niet limitatief, maar de verdere afbakening is aan de rechtspraktijk overgelaten. Schrage 2019/10.

in het arrest *Kuipers/De Jongh* van 17 april 1970.[711] Het arrest had betrekking op een grensoverschrijdend bouwwerk. De verwijdering van een dergelijk bouwwerk zal vaak met hoge kosten gepaard gaan, terwijl verwijdering van slechts het grensoverschrijdende deel in veel gevallen niet eenvoudig is uit te voeren. Herstel van een kleine grensoverschrijding zal zodoende tot hoge kosten kunnen leiden. De Hoge Raad nam in het arrest tot uitgangspunt dat weliswaar verwijdering van het grensoverschrijdende bouwwerk kon worden verlangd, maar dat een daartoe strekkende vordering geen op voorhand gelopen race is. Het nadeel dat Kuipers zou lijden door de verwijdering van het bouwwerk zou zo groot kunnen zijn dat De Jong in redelijkheid niet tot uitoefening van dit recht zou kunnen komen. De stellingen van Kuipers konden in het specifieke geval die conclusie niet dragen, maar het is dus geenszins uitgesloten dat een bevel tot verwijdering van een grensoverschrijdend gebouw zou afstuiten op een dergelijke afweging van belangen.

475. Misbruik van recht, of misbruik van bevoegdheid, vereist wel een duidelijke onevenredigheid tussen de over en weer spelende belangen. Het leerstuk kan op veel situaties worden toegepast, waaronder die van het burenrecht, het eigendomsrecht en het procesrecht.[712]

476. Een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid is steeds dat een bevel of verbod dat met die bevoegdheid samenhangt, niet kan worden gegeven. Ook een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid doet op die manier afbreuk aan de effectiviteit van de remedie van het rechterlijk bevel en verbod. Daarvoor geldt echter hetzelfde als voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: de drempel is tamelijk hoog, zodat van een onaanvaardbare beperking niet snel sprake is.

8.5.3 Misbruik van recht naar Belgisch recht

477. Artikel 1134 BW (België) bepaalt dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht. Uit artikel 1135 BW (België) volgt dat overeenkomsten ook leiden tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis worden toegekend. Artikel 1134 BW (België) verbiedt een contractspartij misbruik te maken van de rechten die de overeenkomst haar toekent.[713] De situatie van misbruik is blijkens de jurisprudentie van het Hof van Cassatie ook de enige uitzondering op het beginsel dat een partij aanspraak kan maken op de rechten die haar uit een overeenkomst toekomen. Meer specifiek is geoordeeld dat een partij het bepaalde in artikel 1134 BW (België) niet schendt wanneer zij haar rechten uit een overeenkomst nastreeft en er geen sprake is van misbruik van recht.[714] Voor verbintenissen is de grondslag voor een beroep op misbruik van recht daarmee gegeven.

478. Voor buitencontractuele verbintenissen wordt de grondslag gevonden in hetzij het bepaalde in artikel 1382 BW (België), hetzij in het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel.[715] In een arrest van 10 september 1971 had het Hof van Cassatie te oordelen over de vordering tot afbraak van een grensoverschrijdend bouwwerk dat al geruime tijd bestond. Het Hof van Cassatie overwoog dat het recht om afbraak van de grensoverschrijdende muur te vorderen, evenals het recht op eigendom, vatbaar is voor misbruik. Van misbruik is niet alleen sprake indien het recht wordt aangewend met het enkele doel om te schaden, maar ook indien de uitoefening van het recht de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.[716]

---

[711] HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/de Jongh).*
[712] Zie voor een uitwerking van het leerstuk op het terrein van het procesrecht Van der Helm 2019/72.
[713] Hof van Cassatie 19 september 1983, *Arr.Cass.* 1983, p. 52. Te raadplegen via www.bib.kuleuven.be .
[714] Hof van Cassatie 17 mei 1990, *Arr.Cass.* 1990, p. 1188.
[715] Vansweevelt & Weyts 2019/457.
[716] Hof van Cassatie 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, p. 31. In artikel 5.7 van het voorontwerp is dit criterium teruggekomen. In de toelichting op het Nederlandse artikel 3:13 BW is opgenomen dat van misbruik sprake is wanneer `geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening der bevoegdheid had kunnen komen.' PG Inv. Boek 3, p. 1040. Die criteria vertonen duidelijk overeenkomsten.

479. Dit criterium is nog steeds actueel en beperkt ook naar Belgisch recht het recht op nakoming.[717] In het Wetsvoorstel voor Boek 5 'Verbintenissen' is als artikel 5.73 opgenomen dat een contract te goeder trouw moet worden uitgevoerd. Uit het tweede lid volgt dat niemand misbruik mag maken van de rechten die hij aan het contract ontleent. Volgens de toelichting is hiermee het verbod op rechtsmisbruik 'verankerd.'[718]

8.5.4 Rechtsverwerking

480. Rechtsverwerking is een verweermiddel dat niet afzonderlijk in de wet is geregeld, maar een verbijzondering is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.[719] Het ontbreken van een wettelijke regeling is hierdoor te verklaren dat 'het niet wel doenlijk is te dien aanzien algemene regels te geven, nog afgezien ervan of men hier wel een apart leerstuk moet erkennen.'[720] Dat laat onverlet dat de wet wel voorbeelden kent van bijzondere gevallen van rechtsverwerking, zoals de klachtplicht van artikel 6:89 BW en 7:23 lid 1 BW. Niet alleen vorderingsrechten, maar alle rechten en bevoegdheden zijn vatbaar voor rechtsverwerking.[721] In vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is als maatstaf voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking neergelegd dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Enkel tijdsverloop is daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt.[722] Hoewel enkel tijdsverloop niet voldoende is om rechtsverwerking aan te nemen, kan tijdsverloop wel als relevante omstandigheid meewegen bij de beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid.[723] De rechter dient, omdat het gaat om een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, bij een beroep op rechtsverwerking de nodige terughoudendheid in acht te nemen.[724]

481. De door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf omvat feitelijk twee categorieën waarin of gronden waarop rechtsverwerking kan worden gebaseerd. Enerzijds is dat het gerechtvaardigd vertrouwen en anderzijds de situatie waarin er sprake is van een onredelijke verzwaring of benadeling van de positie van de wederpartij.[725] In de eerste situatie is het recht om de aanspraak geldend te maken verloren gegaan door het optreden van de schuldeiser zelf, of van anderen wier gedragingen aan hem kunnen worden toegerekend. In de tweede situatie is een afweging van de wederzijdse belangen vereist. Een strikte scheiding tussen beide categorieën is overigens niet steeds aan te brengen.[726] Rechtsverwerking kan, ook wanneer de rechtsverwerking het gevolg is van het handelen van de schuldeiser, tegen diens wil geschieden.[727]

---

[717] Henskens 2019/588.
[718] Pagina 18.
[719] HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406. Tjittes & Boom 2020/17.
[720] PG Boek 3, p. 1044.
[721] J.J. Valk in *GS Verbintenissenrecht,* aant. 4.1.3.2 op art. 6:2 BW. Asser/Sieburgh 6-III 2018/425. Tjittes & Boom 2020/11.
[722] HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:625, *NJ* 2017/177. Tjittes & Boom 2020/3.
[723] HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, *NJ* 2017/75, m.nt. P. van Schilfgaarde.
[724] Tjittes & Boom 2020/17.
[725] Valk 2020, p. 26. Tijdsverloop kan natuurlijk wel een rol spelen bij een beroep op rechtsverwerking en daar ook een grond voor bieden in die zin dat de wederpartij aan het stilzitten het vertrouwen kan ontlenen dat de rechthebbende geen actie meer zou ondernemen of dat hij door het tijdverloop en het stilzitten onredelijk zou worden benadeeld. Zie hierover: Valk 1993, p. 77 e.v. en Valk 2019/284.
[726] Valk 2020, p. 29.
[727] De Jong, Krans & Wissink 2018/290.

482. Het gerechtvaardigd vertrouwen kan verschillende vormen aannemen, namelijk vertrouwen met betrekking tot de inhoud van een recht en vertrouwen met betrekking tot het al dan niet uitoefenen van het recht.[728] Voor de rechtsverwerking waarom het mij nu gaat is die laatste categorie van belang, het vertrouwen dat iemand niet zal overgaan tot het geldend maken van zijn aanspraak.

483. De onredelijke benadeling doet zich ook in verschillende vormen voor. De belangrijkste vormen zijn het verloren gaan van mogelijkheden tot het leveren van (tegen)bewijs, het ontbreken van mogelijkheden om op de financiële gevolgen te anticiperen en het verloren gaan van verhaalsmogelijkheden.[729]

484. Voor het rechterlijk bevel en verbod is vooral van belang wat het rechtsgevolg is van een geslaagd beroep op rechtsverwerking als gevolg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij verjaring bestaat daarover in de literatuur geen verdeeldheid: het vorderingsrecht gaat teniet. Bij rechtsverwerking is het minder eenvoudig, hoewel het resultaat in alle gevallen zal zijn dat een vordering moet worden afgewezen.

485. Ten aanzien van rechtsverwerking wordt aangenomen dat er ofwel sprake is van een verlies van een recht of een bevoegdheid ofwel van een verlies van de mogelijkheid om in het gegeven geval op dat recht of die bevoegdheid een beroep te doen.[730] Rechtsverwerking is een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit het bepaalde in artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW ('blijft buiten toepassing') zou kunnen worden afgeleid dat alleen het recht om op een bevoegdheid of een recht een beroep te doen verloren gaat. Wissink wijst er echter op dat bij elders in de wet geregelde gevallen van rechtsverwerking (artt. 6:88, 6:89 en 7:23 BW) sprake is van verval van recht.[731] Wissink toont het praktische verschil aan met een voorbeeld waarbij er, ondanks de verwerking van een vorderingsrecht, toch wordt betaald. Indien de rechtsverwerking het vorderingsrecht teniet doet gaan, is er onverschuldigd betaald, maar als de rechtsverwerking alleen de mogelijkheid treft om op het recht een beroep te doen, dan blijft het recht zelf bestaan en is er niet onverschuldigd betaald. Hij stelt daarom een tussenpositie voor waarbij het exacte rechtsgevolg afhangt van de situatie.[732]

486. Valk maakte in zijn dissertatie onderscheid tussen gevallen van rechtsverwerking op grond van opgewekt vertrouwen, als gevolg van onrechtmatige benadeling en als gevolg van tijdsverloop. Ten aanzien van de gevallen van rechtsverwerking als gevolg van opgewekt vertrouwen neemt hij aan dat de schuldeiser die het vertrouwen wekt van zijn vorderingsrecht afstand te doen, zijn recht verliest en geen natuurlijke verbintenis overhoudt. Dat is slechts anders indien de door hem gewekte schijn inhield dat hij slechts van de afdwingbaarheid afstand deed.[733] Het komt er dan dus op aan waar de schuldenaar gerechtvaardigd op heeft vertrouwd. Is dat het vertrouwen dat de schuldeiser geen gerechtigde (meer) is of is dat alleen het vertrouwen dat de schuldeiser geen afdwingbaar recht heeft? Bij rechtsverwerking wegens onrechtmatige benadeling is volgens Valk nimmer ruimte voor een overblijvende natuurlijke verbintenis. Hij verklaart dat aldus dat rechtsverwerking in een dergelijk geval niets anders is dan schadevergoeding in natura die verrekend wordt. Rechtsverwerking strekt er in dergelijke gevallen toe genoegdoening te verschaffen voor het nadeel dat is geleden door het handelen dat de positie van de wederpartij onredelijk heeft verzwaard of benadeeld. De schadevergoeding krijgt dan vorm doordat de dader een eigen recht dat hem toekomt verliest. De vergoeding van de schade vindt op die manier 'in natura' plaats.[734] Een grondslag voor een resterende

[728] J.J. Valk, *GS Verbintenissenrecht,* aant. 4.3.5 op art. 6:2 BW.
[729] J.J. Valk, *GS Verbintenissenrecht,* aant. 4.3.5 op art. 6:2 BW. *Asser/Sieburgh* 6-III 2018/426. Tjittes & Boom 2020/22.
[730] De Jong, Krans & Wissink 2018/292. Krans & Wissink 2022/292.
[731] De Jong, Krans & Wissink 2018/292. Krans & Wissink 2022/292. Ook: Tjittes & Boom 2020/26.
[732] De Jong, Krans & Wissink 2018/292. Krans & Wissink 2022/292.
[733] Valk 1993, p. 156.
[734] Valk 2019/284.

vordering is er dan niet. Bij rechtsverwerking op grond van tijdsverloop gaat volgens Valk alleen de rechtsvordering teniet.[735]

487. Tjittes is van oordeel dat rechtsverwerking als toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid tot gevolg heeft dat het onaanvaardbaar is dat een rechthebbende een beroep doet op zijn recht. Het recht blijft dus bestaan, maar de rechthebbende kan er (tijdelijk en/of gedeeltelijk) geen beroep meer op doen.[736] En ook Schelhaas meent – zij het met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid – dat het recht niet wordt aangetast, maar slechts niet kan worden ingeroepen.[737]

488. Rechtsverwerking als gevolg van bijzondere wettelijke bepaling kan overigens wel degelijk tot verlies van het recht leiden. Artikel 6:89 BW biedt daarvan een voorbeeld.[738]

489. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat rechtsverwerking leidt tot 'definitief verlies van alle rechten die men jegens de wederpartij aan het gebrek kon ontlenen.'[739] Dat zou erop duiden dat het recht zelf teniet gaat. Opmerking verdient daarbij echter dat het in die toelichting ging om de situatie waarin 'men zijn recht verwerkt om een beroep te doen op een bepaald gebrek van een prestatie, wanneer men de wederpartij niet in de gelegenheid stelt om dit gebrek in ogenschouw te nemen of de nodige maatregelen tot spoedige opheffing ervan te nemen.' Dat is een vrij specifieke situatie die niet zonder meer geëxtrapoleerd kan worden naar (alle) andere situaties waarin een beroep op rechtsverwerking kan worden gedaan. Uitsluitend op grond van deze passage kan dan ook niet worden aangenomen dat er altijd een verlies van recht plaatsvindt.

490. Het middel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en dus ook de rechtsverwerking als toepassing daarvan is niet een 'alles of niets'-maatregel.[740] De toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid laat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de grond voor rechtsverwerking die aan de orde is, ruimte om met de bijzondere aspecten van een bepaald geval rekening te houden. Een maatwerkoplossing is bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dan ook goed mogelijk. Die maatwerkoplossing kan er ook toe leiden dat een beroep op rechtsverwerking gedeeltelijk slaagt of alleen tijdelijk.[741]

491. Het is duidelijk waarom het leerstuk rechtsverwerking voor het rechterlijk bevel en verbod van belang is. Een geslaagd beroep op rechtsverwerking zal in ieder geval in de regel aan het uitspreken van een bevel of verbod in de weg staan. Bijzondere vragen die specifiek op het bevel en verbod betrekking hebben roept dat niet op. Zoals ik hiervoor heb uitgewerkt is een bevel of verbod alleen mogelijk bij (dreigende) schending van een rechtsplicht en moet een uit te spreken bevel of verbod op die rechtsplicht aansluiten. Een geslaagd beroep op rechtsverwerking doorkruist die band tussen rechtsplicht enerzijds en bevel en verbod anderzijds. De rechtsplicht blijft bestaan, maar het beroep van de wederpartij op naleving ervan stuit daarop af.

492. De toepassing van een beroep op rechtsverwerking vereist echter ook bij het rechterlijk bevel en verbod maatwerk. Niet waar het de bijzondere toepassing van bijvoorbeeld de klachtplicht van artikel 6:89 BW betreft: een geslaagd beroep daarop zal ('alles of niets') aan een nakomingsbevel in de weg staan. Maar ook in de situatie waarin een rechterlijk bevel of verbod op het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij afstuit, is dat maatwerk nodig. Dat kan er ook toe leiden dat een bevel

[735] Valk 1993, p. 157.
[736] Tjittes 2013/26. Tjittes & Boom 2020/26.
[737] Schelhaas 2017/5.38.1
[738] Tjittes & Boom 2020/26.
[739] PG Boek 6, p. 69.
[740] Zie hierover Valk 1993, p. 150 e.v.. Valk wijst er daarbij terecht op dat rechtsverwerking wegens tijdsverloop wel degelijk `alles of niets' is. Gedeeltelijke rechtsverwerking is in dat geval niet goed voorstelbaar.
[741] Tjittes & Boom 2020/26.

of verbod op enig moment met een beroep op rechtsverwerking kan worden afgewend, maar op een ander moment (weer) moet worden toegewezen. Ik werk dat uit aan de hand van een voorbeeld.

493. De buurmannen A en B wonen al geruime tijd naast elkaar in hun woningen met kleine achtertuin. B. houdt in die achtertuin al jaren duiven. Het houden van duiven leidt tot stank- en geluidsoverlast en tot stof-overlast wanneer de duiven uitvliegen en de hokken moeten worden gereinigd.[742] Dat gebeurt meerdere malen per dag. Op zichzelf is goed denkbaar dat het houden van duiven in een (kleine) achtertuin onrechtmatig is jegens de buren omdat het hinder oplevert die in duur en intensiteit de grenzen te buiten gaat van wat buren van elkaar hebben te dulden. A zou daarom bijvoorbeeld een verbod op het houden van de duiven kunnen vragen of een gebod om het schoonmaken van de hokken op een bepaald tijdstip te doen waarop het minder overlast oplevert. Stel nu dat A weliswaar last ondervindt van de duiven van B, maar hij evengoed gefascineerd is door de hobby van B en die overneemt in die zin dat hij zelf met behulp van B in zijn eigen achtertuin ook duiven gaat houden. Met dergelijk gedrag is onverenigbaar dat hij zich verzet tegen de duiven van B. B althans mag er gelet op het gedrag van A op vertrouwen dat A zich niet zal verzetten tegen de hinder van de duiven van B. Hij heeft de hobby van B immers overgenomen en veroorzaakt zelf ook hinder. Een door A gevraagd bevel of verbod zal hierop kunnen afstuiten omdat sprake is van rechtsverwerking.[743]

494. Als nu zou worden aangenomen dat door het geslaagde beroep op rechtsverwerking het recht van A om zich tegen het houden van duiven door B te verzetten is vervallen, is de kous daarmee voor altijd af. Maar dat dit slechts een momentopname is blijkt wanneer wij de casus uitbreiden met C, het jonge zoontje van A, dat een longprobleem blijkt te hebben ontwikkeld en voor wie al die duiven een behoorlijke negatieve impact hebben. Vanaf het moment dat dit blijkt – en A zijn eigen duiven vanzelfsprekend van de hand doet – is niet meer aanvaardbaar dat A zich niet weer opnieuw tegen de duiven van B kan verzetten. Zijn recht om dat te doen is door de nieuwe omstandigheden herleefd.

495. Theoretisch is dat in te passen door aan te nemen dat B er nooit op heeft mogen vertrouwen dat A voor altijd en ook voor de situatie waarin zijn zoontje daardoor in de problemen zou komen, zich zou neerleggen bij de door de duiven van B veroorzaakte overlast. Mijn voorbeeld doet dus geen afbreuk aan de in 1993 door Valk getrokken conclusie dat het aankomt op de vraag waarop de schuldenaar gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Tegelijkertijd brengt dat mee dat er altijd gevallen zullen zijn waarin moet worden aangenomen dat rechtsverwerking bij gerechtvaardigd vertrouwen niet leidt tot het definitieve verlies van het recht. Vrijwel nooit zal immers kunnen worden aangenomen dat iemand er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat onder alle omstandigheden, dus ook die omstandigheden die niet voorzienbaar waren, geen beroep meer zou worden gedaan op een bepaald recht.

496. Wanneer deze conclusie wordt gelegd naast de centrale vraag van dit boek naar de effectiviteit van de remedie ontstaat er echter geen probleem. De remedie biedt geen soelaas in de situatie waarin zij ook geen soelaas hoeft te bieden, maar is beschikbaar op en vanaf het moment waarop er wel weer behoefte aan bestaat. Ook overigens leidt een beroep op rechtsverwerking niet tot een uitkomst die problematisch is voor het rechterlijk bevel en verbod. Weliswaar zal de toepassing ervan afstuiten in gevallen van een geslaagd beroep op rechtsverwerking, maar dat is uitsluitend het geval in situaties die als uitzonderlijk zijn te beschouwen en waarin die beperking door de omstandigheden van het geval wordt gerechtvaardigd. Er is geen regel die daaraan in de weg staat.

8.5.5 Toezegging wederpartij

[742] Ter vermijding van misverstand: dit alles is mij uit de rechtspraktijk bekend.
[743] Er zijn ook andere oplossingen denkbaar, waaronder een beroep op de *in pari-delicto* regel. Zie hierover Keirse & Paijmans 2017.

497. Kan een gedaagde de eiser het belang uit handen slaan door zijn fout te erkennen en toe te zeggen niet in herhaling te zullen vervallen? Dergelijk handelen ontslaat een laedens vanzelfsprekend niet van de verplichting schade te vergoeden. Maar wat betekent het voor de vraag of hem een verbod kan worden opgelegd? Bij beantwoording van die vraag strijden twee uitgangspunten om voorrang. Het eerste is dat zonder belang geen bevel of verbod kan worden uitgesproken. Een daadwerkelijke toezegging om bepaald gedrag niet te zullen vertonen zal van betekenis zijn bij beantwoording van de vraag of er nog een belang is. Daar tegenover staat echter het gegeven dat een reeds vertoond onrechtmatig handelen eveneens van invloed kan zijn op diezelfde vraag of er een belang is bij een bevel of verbod. Wie uit het niets vordert dat aan de buurman een verbod wordt opgelegd de bomen op de erfgrens te snoeien heeft wat uit te leggen. Maar als de buurman reeds eerder een boom heeft verwoest, is er plotseling een duidelijk belang bij zo'n vordering.

498. Deze vragen waren aan de orde in onder meer een arrest van de Hoge Raad van 23 februari 1990.[744] In die zaak ging het om een gestelde inbreuk op het kwekersrecht van de firma Rijk Zwaan. De gedaagde Verheijen bleef de onrechtmatigheid van haar handelen betwisten (in ieder geval ten aanzien van één product), maar voerde toch als rechtsklacht aan dat er geen recht is om in kort geding te vorderen dat een bepaalde handeling verboden wordt, indien wordt toegezegd dat die handeling niet meer verricht zal worden. De Advocaat-Generaal Strikwerda concludeerde dat een dergelijke regel niet bestaat, maar dat het van meerdere omstandigheden afhankelijk is of er (herhaald) onrechtmatig handelen dreigt. Hij wijst daarbij op de aard van de reeds gepleegde inbreuk, de reactie van de aangesprokene op eerdere sommaties en het standpunt van de aangesprokene inzake de onrechtmatigheid van zijn handelwijze. Het enkele feit dat deze vervolgens verklaart zich niet meer aan het verweten gedrag schuldig te zullen maken, is dan niet voldoende een bevel achterwege te laten. De Hoge Raad sluit zich daarbij aan en overwoog dat de enkele omstandigheid dat de aangesprokene toezegt een bepaalde handeling niet meer te zullen verrichten, de rechter er niet van behoeft te weerhouden een verbod op te leggen. Bij beantwoording van de vraag of een verbod is aangewezen zal de rechter moeten letten op de omstandigheden van het geval. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad tot die omstandigheden niet alleen de ernst van de overtreding rekent en de wijze waarop en het verband waarin de toezegging wordt gedaan, maar ook het gedrag van de aangesprokene en zijn standpunt met betrekking tot de geoorloofdheid van het handelen.

499. Nu gedaagde Verheijen de onrechtmatigheid van haar handelen bleef betwisten, mocht het hof volgens de Hoge Raad een verbod, versterkt met een dwangsom, opleggen. Annotator Verkade werpt mijns inziens terecht de vraag op waarom een toezegging om een bepaalde handeling in de toekomst achterwege te laten, gepaard zou moeten gaan met de erkenning van de onrechtmatigheid van die handeling. Ook als partijen twisten over de onrechtmatigheid van een gepleegde handeling, kan een toezegging om dat handelen achterwege te laten immers zodanig sterk zijn dat een rechterlijk verbod niet meer aangewezen is. Ook hiervoor geldt echter dat grijstinten denkbaar zijn en dus dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen.

500. Dat wordt ook duidelijk wanneer wordt gekeken naar de zaak die onderwerp was van het arrest van de Hoge Raad van 1 december 1995.[745] Het ging om inbreuk op het auteursrecht van Walt Disney, meer specifiek de productie en verspreiding van kledingstukken met daarop de afbeelding van de '101 Dalmatiërs'. De inbreukmaker was Walt Disney buiten rechte al tamelijk ver tegemoet gekomen door verspreiding te staken, opgave te doen van afnemers en een schadevergoeding te betalen. Ook bleek zij bereid een verklaring te ondertekenen dat zij op straffe van het verschuldigd worden van een boete zich zou onthouden van verdere inbreuken op de auteursrechten van Walt Disney met betrekking tot de '101 Dalmatiërs'. Wat zij ook aanvaardde was het door Walt Disney verlangde verbod met betrekking tot het maken van inbreuk op het auteursrecht op alle andere

[744] HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1043, *NJ* 1990/663.
[745] HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1899, *NJ* 1996/510 m.nt. D.W.F. Verkade.

Disney-figuren, maar zij weigerde op dit laatste verbod een boeteclausule te accepteren. Het kwam daarom aan op de vraag of Walt Disney ook aanspraak kon maken op een verbod (met dwangsom) tot het maken van inbreuk op het auteursrecht op alle andere Walt Disney-figuren. Het hof heeft die vordering toegewezen, met name omdat het ging om buitengewoon onzorgvuldig handelen en omdat niet was geconcretiseerd welke maatregelen waren genomen om herhaling te voorkomen. De Hoge Raad heeft dat oordeel in stand gelaten en verwees voor de gronden daarvoor naar de conclusie van de Advocaat-Generaal. Die greep terug op het zojuist besproken arrest van 23 februari 1990 en wees er daarmee op dat de enkele omstandigheid dat de aangesprokene toezegt een bepaalde handeling niet meer te zullen plegen de rechter niet behoeft te beletten een verbod op te leggen.

501. Voor de effectiviteit van het rechterlijk bevel en verbod is het van belang niet te lichtvaardig aan te nemen dat sprake is van een toezegging die aan het uitspreken van een bevel of verbod in de weg staat. In het bijzonder wanneer er sprake is geweest van een eerdere schending van de rechtsplicht en herhaling mogelijk is, zal het voor de effectiviteit van de remedie vaak nodig zijn geen genoegen te nemen met een enkele toezegging van de dader. Daarbij kan in aanmerking worden genomen dat een bevel of verbod ten aanzien waarvan de veroordeelde toch al heeft aangegeven ermee niet in strijd te zullen handelen, op zichzelf ook niet zo bezwaarlijk is.[746] In ieder geval is dat minder problematisch dan het geval waarin op een toezegging wordt vertrouwd, maar dit later ten onrechte blijkt te zijn. De schade komt in dat geval letterlijk en opnieuw te liggen bij het slachtoffer.

8.5.6 Andere omstandigheden dan een toezegging

502. Niet alleen een toezegging van een aangesprokene kan relevant zijn bij beoordeling van de vraag of er (nog) belang bestaat bij een bevel of verbod. Ook andere omstandigheden die meebrengen dat voor een herhaalde schending van een rechtsplicht niet meer behoeft te worden gevreesd, kunnen ertoe leiden dat het belang verloren gaat.

503. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de zaak die leidde tot een arrest van de Hoge Raad van 14 december 1973.[747] In die zaak werd de toenmalig directeur van het Rijksinstituut voor oorlogsdocumentatie De Jong aangesproken en werd gevorderd dat hij zich zou onthouden van het ter beschikking stellen van bepaald materiaal aan derden dat de eiser betrof. Rechtbank en hof wezen de vordering af, waarbij het hof aandacht heeft besteed aan een nieuwe schriftelijke richtlijn die inhield dat De Jong niet meer ‘eigenmachtig’ inlichten aan derden zou kunnen verschaffen. Dat oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten.

504. Er zijn natuurlijk vele omstandigheden denkbaar waardoor het belang bij een vordering (in hoger beroep) verloren gaat. Het interessante aan deze zaak is dat het hier niet zozeer om een toezegging van de aangesprokene ging, maar om een richtlijn waaraan hij volgens het hof ‘onbetwistbaar gebonden’ was. Op zichzelf is denkbaar dat onder die omstandigheden wordt aangenomen dat er geen belang meer bestaat bij een rechterlijke veroordeling, maar vanzelfsprekend is dat niet. Het zal er mede vanaf moeten hangen of die – interne – richtlijn ook nageleefd wordt, of op die naleving wordt toegezien en of er sancties aannemelijk zijn bij overtreding. Zonder een deugdelijk nalevingsmechanisme zal eerder belang blijven bestaan bij een veroordeling door een rechter, versterkt met een dwangsom.

8.5.7 Verval van recht

505. Vervaltermijnen laten, anders dan verjaringstermijnen, niet alleen de rechtsvordering teniet gaan, maar ook het vorderingsrecht zelf en daarmee de verbintenis.[748] Anders dan ten aanzien van de verjaringstermijnen zijn er in de wet geen algemene regels ten aanzien van het verval van

[746] Zij het dat voor de proceskosten in een dergelijk geval mogelijk een oplossing moet worden gezocht.
[747] HR 14 december 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB4830, *NJ* 1974/301.
[748] De Jong, Krans & Wissink 2018/301. Krans & Wissink 2022/301. Klomp 2020, p. 448.

vorderingsrechten, maar zijn er verspreid over het wetboek regels opgenomen die hebben te gelden als vervaltermijnen. Een geslaagd beroep op, of een ambtshalve toepassing van een daartoe in aanmerking komende vervaltermijn doorkruist een vordering tot een rechterlijk bevel en verbod.[749]

8.6.1 Verjaring

506. Een ander relevant verweermiddel van een schuldenaar tegen een vordering die strekt tot het uitspreken van een bevel of verbod, kan de (bevrijdende) verjaring zijn. De verjaringsregeling is in dezelfde titel van Boek 3 neergelegd als artikel 3:296 BW, namelijk in titel 11 over rechtsvorderingen. Ik ga in deze paragraaf in op de vraag of de verjaringsregeling voldoende is toegespitst op het rechterlijk bevel en verbod en of de verjaring een onoverkomelijk probleem is voor de effectiviteit van de remedie. Daartoe moet ik eerst op hoofdlijnen uiteen zetten hoe de verjaring van de verschillende rechtsvorderingen in Boek 3 BW is geregeld.

507. Daarbij past een opmerking vooraf: gelet op het feit dat ik eerder heb betoogd dat het primaire doel van een remedie moet zijn om schade te voorkomen, lijkt het minder voor de hand te liggen om verjaring te bespreken. Verjaring impliceert immers het verstrijken van tijd en dat verhoudt zich niet goed tot het door mij voorgestane preventieve karakter van het bevel en verbod. Bij nader inzien ligt het genuanceerder. Ook nadat de inbreuk op bijvoorbeeld een subjectief recht jarenlang heeft geduurd (denk aan grensoverschrijdende bebouwingen) kan het nodig zijn om die inbreuk op korte termijn te beëindigen om bijvoorbeeld verdere schade te voorkomen. En ook als de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst jaren te lang op zich heeft laten wachten, kan er nog belang bestaan bij die nakoming op korte termijn om verdere schade te voorkomen. Ook dan heeft de remedie dus nog een zekere preventieve functie, ondanks het tijdsverloop. Een geslaagd beroep op verjaring kan die functie doorkruisen.

508. In titel 11 wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende rechtsvorderingen. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis of een verplichting wordt bestreken door de artikelen 3:307 en 3:313 BW, de verjaring van rechtsvorderingen in verband met, of tot herstel van, tekortkomingen door de artikelen 3:311 en 3:312 BW en rechtsvorderingen tot opheffing van een onrechtmatige toestand door de artikelen 3:306 en 3:314 BW. Ik laat de verjaring van de rechtsvorderingen uit onverschuldigde betaling (artikel 3:309 BW), tot schadevergoeding (artikel 3:310 BW), en die tot opeising van een nalatenschap (artikel 3:315 BW) onbesproken aangezien die voor het rechterlijk bevel en verbod minder relevant zijn.

509. De hoofdregel met betrekking tot de termijn van verjaring is in artikel 3:306 BW neergelegd: indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van 20 jaren.[750] Zoals ik eerder, bij de omschrijving van het begrip 'rechtsvorderingen' heb aangegeven, is het begrip rechtsvordering in artikel 3:306 BW gebruikt om de bevoegdheid aan te duiden om een recht geldend te maken. Het is dus niet het vorderingsrecht zelf dat verjaart, maar slechts de rechtsvordering.[751] Dat is anders bij een vervaltermijn, waarbij het vorderingsrecht zelf teniet gaat.[752] Blijkens artikel 3:322 BW mag de rechter de verjaring niet ambtshalve toepassen, met andere woorden: er moet door een verweerder een beroep op worden gedaan.[753]

---

[749] Zie over de ambtshalve toepassing van vervaltermijn ECLI:NL:PHR:2018:1143, 4.39 e.v.
[750] Ik laat de executieverjaring (art. 3:324 BW) onbesproken.
[751] Vgl. Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:306 BW, aant. 1.3.1. en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/359 en 387.
[752] De Jong, Krans & Wissink 2018/283.
[753] Opmerkingen op de zitting als `dat is wel erg lang geleden, vindt u niet?' dienen dus ook achterwege te blijven. Volgens Wissink is dit overigens omstreden, De Jong, Krans & Wissink 2018/301, voetnoot 26. Ik ben er niet zeker van dat hierover door rechters in brede zin nog steeds eenduidig wordt gedacht. Zie ook Klomp 2020. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht is opgenomen dat een rechter wel, als een partij zegt zich iets niet meer te kunnen herinneren omdat het wel erg lang geleden is, dit impliciete beroep op verjaring op de mondelinge behandeling aan de orde kan stellen. De

510. Omdat in de artikelen 3:307-3:311 BW de nodige uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 3:306 BW zijn gemaakt, geeft die hoofdregel feitelijk alleen nog een termijn voor de gevallen die niet door de artikelen 3:307-3:311 BW worden bestreken. Koopmann merkt dan ook terecht op dat eerder kan worden gesproken van een hoofdregel van vijf jaar waarbij de termijn van 20 jaar als vangnet dient.[754]

511. Een voor de praktijk – en voor het rechterlijk bevel en verbod – belangrijk geval waarin juist de hoofdregel van 20 jaar zijn werk doet volgt uit artikel 3:105 lid 1 BW.[755] Volgens dat artikel verkrijgt hij die op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, een goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. De rechtsvordering tot beëindiging van dat bezit verjaart door het verstrijken van een termijn van 20 jaar. Bij een geslaagd beroep op deze bepalingen zal een vordering die strekt tot een bevel tot ontruiming van bijvoorbeeld een stuk grond dat oorspronkelijk aan een ander toebehoorde, moeten worden afgewezen. Een situatie als deze is regelmatig aan de orde bij schuttingen die net op de verkeerde plek zijn gebouwd, maar ook bij mensen die willens en wetens een stukje gemeentegrond bij hun tuin hebben getrokken. De rechter die in zo'n geval met een geslaagd beroep op verjaring wordt geconfronteerd zal geen bevel tot ontruiming kunnen uitspreken. Een voorbeeld is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2017 waarin de Hoge Raad ook overwoog dat een partij die door verjaring eigenaar is geworden van een stuk grond 'bloot kan staan aan een vordering uit onrechtmatige daad van de (voormalige) rechthebbende die zijn eigendom aan die partij heeft verloren door de werking van art. 3:105 BW.' Die rechtsvordering kan op zijn beurt ook weer verjaren volgens het bepaalde in artikel 3:310 BW, waarbij de vijfjarige verjaringstermijn blijkens het arrest begint te lopen op het moment dat de benadeelde bekend is met zijn eigendomsverlies (en met de daarvoor aansprakelijke persoon).[756]

512. Dat eerder kan worden gesproken van een algemene verjaringstermijn van vijf jaar wordt geïllustreerd door artikel 3:307 lid 1 BW: een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Artikel 3:307 lid 1 BW heeft betrekking op de zogenaamde primaire prestatie, dus de overeengekomen prestatie en niet op de verbintenis tot vervangende schadevergoeding.[757] Omdat het rechterlijk bevel en verbod juist die primaire prestatie raken, is het artikel relevant bij een normale nakomingsvordering die ertoe strekt dat een bevel tot die nakoming wordt gegeven.

513. Een rechterlijk bevel kan ook betrekking hebben op het in artikel 3:311 lid 1 BW bedoelde *herstel* van een tekortkoming. Een rechtsvordering tot dat herstel verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden en in ieder geval twintig jaar nadat de tekortkoming is ontstaan. Het bepaalde in artikel 3:311 lid 1 BW houdt een bijzondere regel in ten opzichte van het bepaalde in artikel 3:307 lid 1 BW. Blijkens een arrest van de Hoge Raad van 14 augustus 2015 is artikel 3:307 BW slechts van toepassing op vorderingen tot nakoming van contractuele verbintenissen die in het geheel niet zijn nagekomen. Indien een verbintenis gedeeltelijk of anderszins gebrekkig is nagekomen, geldt het bepaalde in artikel 3:311 lid 1 BW, ook als de verschuldigde prestatie deelbaar is.[758]

---

rechter mag echter niet zelf een 'draai aan het partijdebat geven.' Kamerstukken II, 2019-2020, 35 498, nr. 3, p. 35.

[754] Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:306 BW, aant. 2.2.1. In gelijke zin Smeehuijzen 2008, p. 115.

[755] Hierover nader: Van Es 2018.

[756] HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141, m.nt. H.J. Snijders *(gemeente Heusden)*.

[757] Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:307 BW, aant. 2.1. Asser/Sieburgh 6-II 2017/404. Koopmann 2020, p. 24.

[758] HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2194, *NJ* 2016, 308, m.nt. H.J. Snijders.

514. Het belangrijkste verschil tussen de regeling van artikel 3:307 lid 1 BW en artikel 3:311 lid 1 BW is gelegen in het aanvangstijdstip van de verjaring.[759] Volgens artikel 3:307 lid 1 BW begint de verjaring te lopen op de dag na die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Artikel 3:311 lid 1 BW neemt de bekendheid van de schuldeiser met de tekortkoming als beginpunt. Voor de remedie van het rechterlijk bevel telt het resultaat: een geslaagd beroep op verjaring staat in beide gevallen aan het geven van een bevel in de weg.

515. Een belangrijk deel van de rechtsplichten met betrekking waartoe een rechterlijk bevel of verbod wordt gevraagd, zijn onrechtmatige daden. Een daarmee verband houdende schadevordering verjaart volgens het bepaalde in artikel 3:310 BW. Voor de onrechtmatige toestand bepaalt artikel 3:314 lid 1 BW dat de termijn van verjaring begint met aanvang van de dag, volgend op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden. Artikel 3:314 lid 2 BW geeft een afzonderlijke regel voor de termijn van verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende. Volgens de wetgever was de bepaling noodzakelijk om te voorkomen dat er bij een onrechtmatige toestand dagelijks van een nieuwe onrechtmatige daad sprake zou zijn en dat er dus geen verjaring zou intreden.[760] Van een onrechtmatige toestand is alleen sprake als zich een continue inbreuk op een subjectief recht voordoet, zoals bijvoorbeeld het geval is indien grensoverschrijdend wordt gebouwd. Met het artikel wordt duidelijk gemaakt dat niet iedere dag dat de onrechtmatige toestand voortduurt een nieuwe rechtsvordering ontstaat en dat ten aanzien van de vordering tot opheffing daarvan geen verjaring zou intreden. Die situatie werd door de wetgever onwenselijk geacht.[761] Terugkerende, maar incidentele, onrechtmatige handelingen zoals lawaai, trillingen of stank, vormen geen onrechtmatige toestand. Hinder die bestaat uit het onthouden van licht of lucht is in principe wel aan te merken als een onrechtmatige toestand.[762]

516. Voor verjaring is, anders dan voor rechtsverwerking, tijdsverloop voldoende. Dat laat onverlet dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Het gaat daarbij echter om uitzonderingssituaties, die met name gereserveerd lijken te zijn voor situaties waarin de schade zich zo laat openbaart dat de vordering tot vergoeding van schade buiten de schuld van het slachtoffer al is verjaard.[763]

8.6.2 Implicaties voor het rechterlijk bevel en verbod – aparte verjaringsregeling nodig?

517. Een rechterlijk bevel of verbod heeft betrekking op een rechtsplicht die moet worden nagekomen. Zoals ik hiervoor heb omschreven kan die rechtsplicht vele gedaanten hebben. Een geslaagd beroep op verjaring doorkruist de rechtsvordering van de schuldeiser tot nakoming van de rechtsplicht. Voor de vraag wanneer de rechtsvordering door verjaring teniet gaat, geeft artikel 3:296 BW geen eigen regeling voor het bevel en verbod. Bepalend is wanneer de rechtsvordering op grond van de hiervoor besproken (overige) bepalingen van titel 11 van Boek 3 teniet gaat.

518. Omdat het rechterlijk bevel en verbod ook worden bestreken door de algemene verjaringsregeling kan een bevel tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst niet meer worden toegewezen vanaf het moment waarop voldaan is aan de eisen van artikel 3:307 BW en een vordering strekkende tot (een bevel tot) herstel van een tekortkoming kan niet meer worden toegewezen vanaf het moment waarop is voldaan aan de eisen van artikel 3:311 BW.[764] En ook bij een onrechtmatige daad wordt de verjaring van de vordering die strekt tot een rechterlijk bevel of verbod bestreken door de algemene regels van titel 11 van Boek 3. Een vordering die ertoe strekt een bevel te verkrijgen tot

[759] Aldus ook Koopmann 2020, p. 29.
[760] PG Boek 3, p. 929. Verheul twijfelt aan de juistheid van de redenering van de wetgever, Verheul 2020, p. 277.
[761] PG Boek 3, p. 929.
[762] PG Boek 3, p. 929. Zie ook: Koopmann in *GS Vermogensrecht*, art. 3:314 BW, aant. 2.1.
[763] P.A. Stein, *GS Vermogensrecht,* aant. 5.3 op art. 3:12 BW.
[764] Op de verjaring moet wel een beroep worden gedaan, artikel 3:322 lid 1 BW.

beëindiging van een onrechtmatige toestand, verjaart dus in principe 20 jaar (artikel 3:306 BW) na de dag volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand gevorderd kan worden (artikel 3:314 lid 1 BW). Een bevel tot ontruiming van een terrein of afbraak van een grensoverschrijdend bouwwerk kan dan niet meer worden toegewezen. Opmerking verdient daarbij overigens dat, indien de toestand naderhand wijzigt, ten aanzien van die nieuwe toestand wel weer een nieuwe verjaringstermijn te lopen. In de parlementaire toelichting is het voorbeeld gebruikt van een bouwwerk dat hoger is dan een bestaande erfdienstbaarheid toelaat en dat later nog hoger wordt gebouwd.[765]

519. Bij vorderingen die ertoe strekken incidentele inbreuken te beëindigen zal in de regel de verjaringsproblematiek niet spelen omdat het kenmerkende aan een incidentele inbreuk is dat deze vanzelf ophoudt. Een inbreuk die zo lang duurt dat de verjaringstermijn relevant wordt, zal te beschouwen moeten zijn als een onrechtmatige toestand. Omdat incidentele inbreuken vanzelf ten einde komen, zal een bevel tot beëindiging van zo'n inbreuk in de regel niet nodig zijn. Daarmee is echter niet gezegd dat er geen verbod tot herhaling kan worden uitgesproken. Ook daarbij zal de verjaringsproblematiek in de regel niet spelen: voor toewijzing van een dergelijk verbod is nodig dat er een reële dreiging van een onrechtmatige daad is. Indien een daarop gebaseerde vordering (dus een dreiging zonder verwezenlijking) zo lang bestaat dat de verjaring in zicht komt, zal moeilijk nog van een reële dreiging kunnen worden gesproken.

520. Uit het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 2018 inzake *TMG/Staat* volgt dat het verzuim van de Staat om een Europese richtlijn te implementeren, iedere dag een onrechtmatige daad oplevert.[766] De op die onrechtmatige daad gebaseerde schadevorderingen verjaren dus ook afzonderlijk, zodat in ieder geval steeds over een laatste periode van vijf jaar de schade kan worden gevorderd. In een dergelijke situatie verjaart de vordering strekkende tot een bevel tot beëindiging van een dergelijke voortdurende onrechtmatige daad feitelijk niet, maar zal deze overigens in veel gevallen afstuiten op het feit dat de Staat niet mag worden bevolen wetgeving tot stand te brengen. Dat een rechtsvordering in een dergelijk geval waarin elke dag een onrechtmatige daad plaatsvindt, niet verjaart is in de toelichting op artikel 3:314 lid 1 BW onder ogen gezien waar is opgemerkt dat het artikel nodig is om dit te voorkomen.

521. Een beroep op verjaring kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. De Hoge Raad heeft dat aangenomen in zaken over de verjaring van een vordering tot schadevergoeding, maar er is geen reden om aan te nemen waarom dat met betrekking tot de verjaring van vorderingen tot nakoming niet zou gelden.[767] In het arrest *Van Hese/De Schelde* heeft de Hoge Raad ten aanzien van een verjaringstermijn van dertig jaar van een vordering tot schadevergoeding een catalogus van gezichtspunten gegeven die een rol kunnen spelen bij beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. En in een arrest van 23 november 2018 is geoordeeld dat het feit dat het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn mede door de billijkheid wordt bepaald, niet eraan in de weg staat dat de omstandigheden die het hof in dat geval aan zijn oordeel ten grondslag had gelegd, een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

522. Dat er voor het rechterlijk bevel en verbod geen afzonderlijke, specifieke, verjaringsregeling is opgenomen, is op zichzelf geen probleem. Het rechterlijk bevel en verbod zijn immers remedies die afhankelijk zijn van het bestaan van de onderliggende rechtsplicht. Aansluiting bij de verjaringsregels

---

[765] PG Boek 3, p. 930 en 931.
[766] HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, *NJ* 2018/239 *(TMG/Staat)*.
[767] HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA635, *NJ* 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen *(Van Hese/De Schelde)*; HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, *NJ* 2019/246, m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2019/247.

van die onderliggende rechtsplichten ligt daarom voor de hand en is zelfs noodzakelijk om te voorkomen dat er, afhankelijk van de vordering die wordt ingesteld, (nog) een apart verjaringsregime zou ontstaan.

523. Toch kan het (ook) preventieve karakter van het rechterlijk bevel en verbod in dit verband vragen oproepen. De hiervoor genoemde situatie van een incidentele onrechtmatige daad maakt dat duidelijk. Het preventie karakter van de remedie strekt ertoe een onrechtmatige situatie te beëindigen. Zolang de onrechtmatige situatie bestaat en voortduurt behoeft er geen onduidelijkheid te bestaan over de verjaring van de rechtsvordering tot opheffing ervan. Die is immers 20 jaren na aanvang van de dag waarop opheffing van de onrechtmatige toestand gevorderd kan worden. Het probleem ontstaat indien de onrechtmatige situatie (telkens) van kortstondige aard is. Bij een vordering tot beëindiging van het onrechtmatig handelen (een rechterlijk bevel of verbod) bestaat geen belang omdat de dader het handelen zelf steeds beëindigt of omdat het naar zijn aard kortdurend is. Denk aan de situatie waarin de grenzen van de erfdienstbaarheid worden overschreden door met te zware voertuigen over een bepaalde weg te gaan. Dat is iedere keer een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van het dienende erf, maar een rechtsvordering kan, behalve op het herstel van de schade, slechts gericht zijn op de toekomst en kan dus slechts bedoeld zijn om herhaling te voorkomen. Het is de vraag wanneer een op de toekomst gerichte vordering verjaart. Dat is in belangrijke mate een theoretische vraag: wanneer verjaring van een op de toekomst gerichte vordering dreigt, zal er bij die vordering in de regel geen belang meer bestaan omdat niet langer kan worden aangenomen dat er een reële dreiging van de schending van de onderliggende rechtsplicht is. Met andere woorden: als een dreiging zich zo lang niet verwezenlijkt heeft dat over verjaring nagedacht moet worden, lijkt het niet iets om de rechter mee lastig te vallen.

524. In het door mij gekozen voorbeeld gaat het om een verplichting om iets na te laten (namelijk: na te laten met voertuigen zwaarder dan toegestaan bij de vestiging van de erfdienstbaarheid over een bepaalde weg te rijden en dus na te laten inbreuk te maken op het eigendomsrecht van de eigenaar van het dienende erf).[768] Die vordering wordt, zo bezien, niet bestreken door een van de gevallen van de artikelen 3:307-314 BW. Artikel 3:313 BW spreekt immers van een verplichting om iets te doen en niet van een verplichting om iets na te laten. De aanvangstermijn van de verjaring van de vordering die ertoe strekt dat iemand iets niet doet, is niet in de wet opgenomen.[769] Ten aanzien van een verbintenis om iets niet te doen geldt dat de verjaringstermijn ten aanzien van de vordering strekkend tot een verbod gaat lopen wanneer in strijd met de verplichting wordt gehandeld.[770] Nu zou een vordering om na te laten in strijd te handelen met de grenzen van de erfdienstbaarheid ook kunnen worden geformuleerd als een vordering om de grenzen van de erfdienstbaarheid in acht te nemen en dus om iets te doen.[771] Die oplossing is er echter niet in de situatie waarin iemand zonder recht of titel dagelijks door de tuin van de buren naar de parkeerplaats loopt. De vordering strekkende tot een verbod op dat gedrag is een vordering die uitsluitend op nalaten is gericht.

525. In het oorspronkelijke ontwerp van artikel 3:313 BW was als derde lid opgenomen dat ‘de termijn van verjaring van een verplichting om niet te doen, begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop inbreuk op de verplichting heeft plaatsgevonden.’ Daarmee zou de vordering strekkende tot een verbod om een bepaalde handeling te verrichten beginnen te verjaren steeds de dag nadat die handeling is verricht. Het moment waarop de inbreuk heeft plaatsgevonden valt dan feitelijk

[768] Er kan natuurlijk door verjaring een nieuwe erfdienstbaarheid ontstaan, die ook aan een bevel of verbod in de weg kan staan, maar dat laat ik rusten.
[769] Koopmann 1993, p. 47.
[770] Asser/Sieburgh 6-II 2017/398 en De Jong, Krans & Wissink 2018/307 en Krans & Wissink 2022/307.
[771] Dat geeft echter niet aan wat de eiser wil: hij wil niet dat de gedaagde de erfdienstbaarheid gebruikt, hij wil dat hij niet buiten de erfdienstbaarheid treeft. Naar karakter is dat iets anders en een vordering om iets niet te doen.

samen met de aanvangstermijn van de verjaring.[772] Het voorgestelde derde lid is echter geschrapt omdat de vrees bestond dat daaruit zou worden afgeleid dat iedere ('ook de geringste') inbreuk zou leiden tot verjaring van de rechtsvordering om iets niet te doen, ook wanneer het om andere en nieuwe inbreuken zou gaan.[773] Ten aanzien van incidentele inbreuken, ook wanneer die regelmatig en in serie plaatsvinden, behoorde naar het oordeel van de wetgever steeds een verbod te kunnen worden gevraagd zolang de dreiging van zodanige inbreuken in de toekomst bestaat, en voor zover daarbij voldoende belang bestaat. Voor het overige werd het voorgestelde derde lid overbodig geacht omdat de verplichting die ter zake van een inbreuk of een serie van inbreuken ontstaat, er een is tot vergoeding van schade.[774]

526. De vraag naar verjaring van deze op de toekomst gerichte vordering kan daarmee feitelijk niet los worden gezien van de vraag naar het belang bij de vordering. Uit de toelichting op artikel 3:313 BW volgt dat steeds een verbod kan worden gevraagd zolang de dreiging van een nieuwe inbreuk bestaat. De op de toekomst gerichte vordering verjaart dan dus niet (het verbod kan 'steeds' worden gevraagd). Tegelijkertijd zal er alleen belang bestaan als de reeds verrichte inbreuk niet zo lang geleden heeft plaatsgevonden dat een discussie over verjaring überhaupt niet aan de orde is. De dreiging van een nieuwe inbreuk houdt dan niet alleen het belang bij de vordering in stand, maar ook de rechtsvordering zelf. De op de toekomst gerichte vordering is daarmee een vreemde eend in de verjaringsbijt, maar in de praktijk zal dat geen problemen opleveren. Een afzonderlijke regeling is daarvoor in ieder geval niet nodig.

527. En ook overigens is een nadere regeling voor de verjaring van een vordering strekkende tot een rechterlijk bevel en verbod niet nodig. Een geslaagd beroep op verjaring staat eraan in de weg dat iemand krijgt waarop hij recht heeft. De effectiviteit van de remedie wordt dus zonder twijfel geweld aan gedaan door de verjaring. Dat is echter te rechtvaardigen door de rechtvaardiging die voor verjaring in het algemeen geldt: de rechtszekerheid vereist dat de rechtstoestand zich op enig moment gaat aansluiten bij de feitelijke toestand. Het bevel en verbod nemen daarin geen bijzondere plaats in en daarvoor zou ook geen rechtvaardiging zijn. Als er wel een rechtvaardiging is om een uitzondering te maken kan een beroep op de redelijkheid en billijkheid in uitzonderlijke gevallen uitkomst bieden.

8.7 Conclusie

528. In hoofdstuk 7 heb ik uiteen gezet welke voorwaarden moeten zijn vervuld om een rechterlijk bevel of verbod te kunnen uitspreken. In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de afwijzingsgronden. Artikel 3:296 BW benoemt zelf enkele afwijzingsgronden (de wet, de aard der verplichting of een rechtshandeling). In dit hoofdstuk heb ik uitgewerkt dat ook een beroep op algemene wettelijke leerstukken tot afwijzing van een vordering tot het verkrijgen van een rechterlijk bevel of verbod kan leiden. Naast die algemene leerstukken is nog een afwijzingsgrond besproken die noch in artikel 3:296 BW, noch elders in de wet wordt genoemd. Dat is de situatie waarin de aangesproken partij een toezegging doet om een (verdere) schending van een rechtsplicht achterwege te laten.

529. In hoofdstuk 6 (nummer 292) heb ik geconcludeerd dat een preventieve remedie effectief is wanneer zij

a) materiële rechten kan afdwingen

b) tijdig is

c) een afschrikkende functie heeft en

d) proportioneel is.

---

[772] Koopmann 1993, p. 47.
[773] PG Boek 3, p. 928.
[774] PG Boek 3, p. 928.

Wanneer de afwijzingsgronden die ik in dit hoofdstuk heb besproken worden gelegd naast de vraag of het rechterlijk bevel en verbod een effectieve remedie vormen, is het aantrekkelijk om te concluderen dat iedere mogelijke afwijzingsgrond in theorie afdoet aan de effectiviteit van de remedie. Dat perspectief zou te eenzijdig de nadruk leggen op het belang van een eiser bij het verkrijgen van een remedie. Een bredere blik op de afwijzingsgronden en de in dit hoofdstuk besproken algemene leerstukken laat zien dat de afwijzingsgronden en die algemene leerstukken die aan toewijzing van de vordering in de weg kunnen staan, onontbeerlijk zijn om een evenwicht te vinden tussen het belang van een eiser en dat van een gedaagde. Het belang van dat evenwicht wordt nader duidelijk in hoofdstuk 10 waarin ik in ga op de rol en vrijheid van de rechter en de mogelijkheden om maatwerk te leveren.

530. Ik benadruk dat een van de voorwaarden die ik aan een effectieve remedie heb gesteld, die van de proportionaliteit is. Juist de mogelijkheid om met afwijzingsgronden of correctiemechanismen een remedie te modelleren is onmisbaar om een effectieve toepassing van een remedie mogelijk te maken. Ook zo bezien doen de afwijzingsmogelijkheden niet zonder meer af aan de effectiviteit van de remedie, maar vormen zij de noodzakelijke tegenhanger van de toewijzingsgronden.